

Sygn. akt: KIO 854/15

POSTANOWIENIE
z dnia 7 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 7 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **FB Serwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa**
- 2) **Sita Północ Sp. z o.o., ul. Trakt Św. Wojciecha 43/45, 80-044 Gdańsk**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **FB Serwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zlokalizowanych w granicach administracyjnych Gminy Miasta Gdańska – VI Zakresów*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S 073-129292.

W postępowaniu tym wykonawca FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 24 kwietnia 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). W tym zakresie zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

- a) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, tj. bez przekazania lub udostępnienia w inny sposób zainteresowanym wykonawcom dla wszystkich nieruchomości danych dotyczących (1) oznaczenia sektora, (2) adresu nieruchomości, (3) częstotliwości odbioru odpadów, (4) typu pojemników, (5) rodzaju gromadzonych opadów, (6) pozycji GPS (długości i szerokości geograficznej), które mają istotne znaczenie dla dokonania rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, przy czym wszystkie ww. informacje znajdują się aktualnie w dyspozycji Zamawiającego i mogą być z łatwością udostępnione, a jednocześnie są dostępne w pełnym zakresie wyłącznie dla wykonawców aktualnie świadczących na rzecz Zamawiającego usługę odbioru odpadów, tj. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Sita Północ Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania dotychczasowych kontrahentów Zamawiającego przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców, którzy dostępu do ww. informacji zapewnionego nie

mają;

- b) art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie w pkt X ppkt 3 i 4 SIWZ kryteriów oceny ofert w postaci „*dysponowania pojazdami typu Rotopress wg. wymagań określonych w Załączniku nr 1 do umowy - C(3)*” oraz „*dysponowania pojazdami z emisją gazów spalinowych w normach wyższych niż Euro 4 wg. wymagań sprzętowych określonych w Załączniku nr 1 do umowy - C(4)*”, które to kryteria w istocie stanowią okoliczności odnoszące się do właściwości wykonawcy, podczas gdy przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp w sposób wyraźny zakazuje stosowania w postępowaniu kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy;
- c) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie w pkt X ppkt 3 i 4 SIWZ kryteriów oceny ofert w postaci „*dysponowania pojazdami typu Rotopress wg. wymagań określonych w Załączniku nr 1 do umowy - C(3)*” oraz „*dysponowania pojazdami z emisją gazów spalinowych w normach wyższych niż Euro 4 wg. wymagań sprzętowych określonych w Załączniku nr 1 do umowy - C(4)*”, co stanowi okoliczności niezwiązane z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia, gdy tymczasem przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie określa, iż stosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozacenowe kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia (być z nim związane), przy czym ustanowienie kryterium oceny ofert nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), gdyż uzależnia szanse na uzyskanie zamówienia od okoliczności, która nie ma żadnego wpływu na merytoryczną treść oferty, tj. na ostateczny kształt świadczenia wykonawcy, a tym samym nie realizuje podstawowego celu procedury wyboru oferty, którym jest identyfikacja oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp);
- d) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie w pkt X ppkt 3 SIWZ kryterium oceny ofert w postaci „*dysponowania pojazdami typu Rotopress wg. wymagań określonych w Załączniku nr 1 do umowy - C(3)*”, które to kryterium narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż:
- zostało opisane za pomocą patentu „Rotopress” należącego do jednego producenta pojazdów ciężarowych, Faun Umwelttechnik GmbH & Co. KG z siedzibą Osterholz-Schambeek oraz produkowanych wyłącznie w oparciu o udzieloną przez ten podmiot licencję, bez jednoczesnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych, zapewniających analogiczną funkcjonalność jak opatentowana konstrukcja Rotopress, oraz bez wskazania kryteriów równoważności dla takich rozwiązań, w szczególności cech technicznych lub

jakościowych, które powinny posiadać požądane przez Zamawiającego pojazdy,

- nie dopuszcza możliwości uzyskania dodatkowej punktacji przez wykonawcę, który dysponuje pojazdami, opartymi na innej niż Rotopress konstrukcji, zapewniającej jednak równie lub nawet bardziej efektywne świadczenie usług odbioru odpadów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie Odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu udostępnienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia dla każdej z nieruchomości objętej przedmiotem zamówienia (z podziałem na typy, tj. nieruchomości z zabudową jednorodziną, wielorodzinną, mieszaną oraz nieruchomości niezamieszkałych) kompleksowej informacji obejmującej co najmniej:
 - a. oznaczenia sektora,
 - b. adresu nieruchomości,
 - c. częstotliwości odbioru odpadów,
 - d. typu pojemników,
 - e. rodzaju gromadzonych opadów,
 - f. pozycji GPS (długości i szerokości geograficznej).
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany pkt VIII ppkt 1. 6 SOPZ, poprzez wskazanie częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych oraz nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w pkt VIII SOPZ ppkt 1.9 nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt 3.1. Załączników nr 2a - 2f do OPU, poprzez wskazanie szczegółowych danych dotyczących typów pojemników (pojemności) dla nieruchomości, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy;
4. nakazanie Zamawiającemu zmianę pkt X SIWZ poprzez:
 - a. wykreślenie ppkt 3 i 4 dotyczących kryteriów oceny ofert w postaci „dysponowania pojazdami typu Rotopress wg. wymagań określonych w Załączniku nr 1 do umowy - C(3)” oraz „dysponowania pojazdami z emisją gazów spalinowych w normach wyższych niż Euro 4 wg. wymagań sprzętowych określonych w Załączniku nr 1 do umowy- C(4)” oraz
 - b. ustanowienie dodatkowego, innego niż najkorzystniejsza cena oraz cena jednostkowa netto (wartość) za odbiór odpadów i transport mokrych, suchych i zmieszanych, kryterium oceny ofert odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, a nie dotyczącego właściwości wykonawcy, takiego jak

na przykład proponowane przez Odwołującego kryterium dotyczące zobowiązania wykonawcy do wyposażenia nieruchomości w pojemniki fabrycznie nowe, w ramach którego Zamawiający przyzna wykonawcom:

1. 20 pkt - w przypadku, gdy zobowiążą się oni, że co najmniej 75% rozstawianych przez nich pojemników będzie fabrycznie nowych,
 2. 10 pkt - w przypadku, gdy zobowiążą się oni, że co najmniej 50% rozstawianych przez nich pojemników będzie fabrycznie nowych,
 3. 0 pkt - w pozostałych przypadkach;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego.

Zamawiający o wniesionym odwołaniu w dniu 27 kwietnia 2015 r. poinformował pozostałych wykonawców (ustalono w oparciu o informację Zamawiającego kierowaną do Izby w piśmie z dnia 28 kwietnia 2015 r.), zamieszczając jego kopię na stronie internetowej. W dniu 29 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, złożone przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący Remondis”) oraz w dniu 30 kwietnia 2015 r. zgłoszenie złożone przez wykonawcę Sita Północ Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Przystępujący Sita”). Obydwa przystąpienia zostały zgłoszone po stronie Zamawiającego. Kopie zgłoszeń zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

W dniu 4 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której złożył on oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

W związku z powyższym Izba postanowiła (postanowienie z dnia 5 maja 2015 r.) o skierowaniu do Przystępującego Remondis i Przystępującego Sita wezwań do złożenia oświadczeń w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wezwania takie zostały skierowane do wskazanych wykonawców w piśmie z dnia 5 maja 2015 r., w tej samej dacie doręczonym wykonawcom.

W dniu 7 maja 2015 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie nr 2, w której doprecyzował, w jaki sposób wykona czynności w postępowaniu związku z uwzględnieniem przez niego w całości zarzutów odwołania. Wskazał on m.in., że:

- 1) uszczegółowi opis przedmiotu zamówienia o dane jakie posiada w swoich zasobach i jest w stanie przekazać jako dane zweryfikowane w terenie oraz konieczne do kompleksowego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia,
- 2) zmieni kryterium oceny ofert, usuwając możliwość uzyskania dostawowych punktów za ofertę gwarantującą użycie przy realizacji zamówienia pojazdów z normą emisyjną spalin wyższą niż Euro 4 oraz za zaoferowanie pojazdów typu Rootopress,
- 3) ustanowi dodatkowe kryterium oceny ofert inne niż cena oraz cena jednostkowa za wywóz odpadów, a odnoszące się jednocześnie do przedmiotu zamówienia (będzie to termin płatności faktur).

Zamawiający dodatkowo, z ostrożności procesowej, podkreślił, że jako podmiot całkowicie niezależny i suwerenny w możliwości ustalania kryterium oceny ofert, uznał, że z treści złożonego odwołania nie odczytał konieczności ustanowienia w postępowaniu kryterium wskazanego przez Odwołującego.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 7 maja 2015 r. Izba potwierdziła skuteczność obydwu zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając jednocześnie, że wskazani wykonawcy uzyskali status uczestników niniejszego postępowania odwoławczego.

W toku wskazanego posiedzenia także Przystępujący Remondis i Przystępujący Sita złożyli do protokołu posiedzenia oświadczenia, iż nie wnoszą sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Stosownie do wskazanych przepisów ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeśli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględniania w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 3 w związku z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie Izba oparła o dyspozycję art. 186 ust. 6 pkt 2) lit. b) w związku z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Przepisy te stanowią, iż w przypadku uwzględnienia zrzutów odwołania przez zamawiającego w całości przed otwarciem rozprawy, jeśli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględniania w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: